

# 訴因について

中 村 英 郎

## 一 公訴・公訴事實並びに訴因

### 二 訴因の意義

### 三 訴因の概念を把握するについての立場

### 四 訴因と公訴事實

### 五 訴因の限界決定の基準を刑事實體法におく理論の展

開

#### (一) 單純一罪の場合

(1) ある客觀的に確定せる事實が二つ以上の構成

#### (二) 理論上數罪・處分上一罪の場合

### 六 訴因と既判力との關係

### 七 むすび

要件によつて評價される場合

(2) ある社會的事實が二つ以上の構成要件によつて評價され得る場合

(3) 審理の進行につれて事件に對する法的評價が變化した場合

## 一 公訴・公訴事實並びに訴因

新刑事訴訟法は、その第二五六條、第三一二條その他において、『訴因』という新たな術語を使用している。訴因とは一體何を意味し、また、如何なる機能をもつものであらうか、この問題を究明するには、まず訴因の刑事訴訟において占める地位、特に公訴との關係を概觀する必要がある。

公訴とは、定義的にいえば、『檢察官が特定事件につき、裁判所に對し、その審判を求めることである』といひうる。

訴因について

ここにいわゆる『特定事件』とは、檢察官の提示する『公訴事實』によつて表示されるものであり、更にその『公訴事實』は『訴因』によつて明示せられなければならないという關係にある（刑訴二（五六條））。すなわち、公訴は、公訴事實の範圍においてその効力を及ぼし、審判の範圍はそれによつて限界づけられる。しかし他方、公訴事實は訴因によつて示されるものであり、従つて、公訴は事實上訴因によつて制約されるという關係にある。言いかえれば、公訴とは、訴因によつて表象された犯罪事實に對する國家への科刑要求であるといふことができる。

しかし、公訴・公訴事實・訴因の關係をこのように把握するといふ至極當然な論理は、不可解にも多くの學者の看過するところとなつてゐる。通説は、訴因と公訴事實との關係を切離して考察し、訴因をば實體法的・規範的なものと考えながら、公訴事實はこれを具體的・自然的な、すなわち法律的評價を経ない歴史的事實であるとして、公訴とはこの自然的な前法律的社會事實にむけられてゐるものであるとしてゐる。<sup>(1)</sup>しかし『公訴事實は、訴因を明示してこれを記載しなければならない』（刑訴二（五六條））としてゐる以上、立法者の意思が如何ようにあつたとしても、公訴事實は訴因によつて示されるのであり、従つて、逆に訴因によつて示された公訴事實は、訴因たる事實、言いかえれば法律的評價を経た犯罪事實と考えなければならない。それを切離して考えることは、舊刑事訴訟法當時における公訴及び公訴事實の觀念を棄てきれず、それはそのままとしてこれを堅持し、不調和にも、それに訴因の觀念を積み重ねたものにならないと考える。この立場を徹底するならば、公訴は前法律的な具體的事實に向けられてゐるのであるから、その範圍内において審理し、判決をなすことが可能となり、訴因は實體的な意味をもたず、單に、手續上において若干の意味を有するに止まることとならう。しかし、この立場によつたと見られる學說も、新刑事訴訟法が訴因という新たな術語を用いたことに着目し、これに何等かの實體的意味をもたせようとして不徹底な議論を展開してゐる。<sup>(2)</sup>

の立場の學説は、また、訴因をもつて公訴の限界を決定するものであるとしながら、その訴因の限界決定の基準を國家に對する刑罰要求を中心として考える立場（後述）<sup>(3)</sup>と、實質的に同じものであつて、その立場に加えられる批難は、またそのままこの學説に當嵌まるであらう。新刑事訴訟法の下においては、公訴、公訴事實及び訴因は、同一の系列に屬するものとして理解しなければならぬ。

註1 例えば、團藤・新刑事訴訟法綱要（再訂版）一〇三頁、宮下・新刑事訴訟法逐條解説Ⅱ一五六頁等。

註2 例えば、團藤教授は、控訴理由としての『審判の請求を受けない事件について判決をしたこと』（刑訴三七八條3號）のうちに、起訴狀に訴因としてかかげられていない事實について判決があつた場合も含まれるものと考へてゐるようである（團藤・前掲三二八頁）。しかし、この規定は、元來不告不理の原則を示したものであるから、團藤教授がさきにとられた立場（前註参照）を徹底せしめるならば、公訴の効力の及ぶ範圍内の事實（前法律的な具體的事實）であれば、訴因に拘束されず如何なる判決を底さしめるものとしなければならぬまい。これは訴因に何等かの實體的な意味をもたせようとしたものであつて、その理論の不徹底さを示したものである。なお、この問題については、横川敏雄氏が團藤教授とその基本的立場を同じくしながら、その立場を一貫せしめた議論を展開している（判例タイムズ二卷三號三二頁以下）。

註3 本稿六四頁参照。

訴因と公訴及び公訴事實との關係を以上の如くに理解する場合、問題はまだのこる。訴因が表象し、それに對する科刑を要求している公訴事實とは、如何なる範圍の事實であるか、前法律的な社會的事實であらうか、それとも實體法上の構成要件に限界づけられた、その範圍内の事實であるか、ということである。

## 二 訴因の意義

一般に、訴因とは公訴事實を法律的に構成したものをいうとせられ、また、それは、英米法にいう count を譯し

たものであるとされている。ここで英米法と若干比較して考察してみよう。

英米法において count とは、『訴の原因に關する原告の陳述』 plaintiff's statement of his cause of action を意味するものとされている。<sup>(1)</sup> count と cause of action とそれぞれの意義についての説明は、これを省略する。兩者の關係を以上の如く理解する場合、count は、抽象的な cause of action を支持し、その内容をなす具體的概念であり、cause of action とは、かような count によつて支持され、公訴を正當ならしめ、理由づける抽象的概念ということができよう。しかし、具體的訴訟についていえば、この抽象的概念たる cause of action と、具體的概念たる count とが一致し、一個の cause of action 内に一個の count のみが存する場合と、それが一致しないで數個の count が競合して一個の cause of action を構成する場合とがある。

註一 Bouvier's Law Dictionary, Vol. I, p. 691.

新刑事訴訟法における訴因とは、前述した如く、公訴事實を法律的に構成したもの、すなわち社會の秩序が破壊されたという歴史的な事實を、刑事實體法の定める各本條の構成要件にあてはめて構成した事實を指す、といわれている。ここにいう『法律的に構成された事實』とは、具體的な犯罪事實であり、これは、具體的な count に該當するが、しかし多くの場合には、これが同時に當該公訴を維持し、それを正當ならしめる公訴の原因（すなわち、抽象的な cause of action）を意味し、また形成する。後述する單純一罪の基本的場合として示したものがこれであつて、この場合には、訴因は cause of action を意味すると共に count の意味をもつと解することができる。しかし、他の、例えば法條競合の擇一關係の場合には、<sup>(2)</sup> 訴因は count に該當し、cause of action の意味にびつたりと該當しない。このことは後に述べる。

註1 本稿七三頁參照。

註2 本稿七四頁參照。

想うに、新刑事訴訟法の訴因とは、一般に *cause* を意味するものといわれているが、他面、訴因によつて公訴が支持せられるのであるから、その字義の示す如く、それは英米法における *cause of action* と同じく公訴の原因（抽象概念）を示す術語でなければならぬ。しかし、訴訟技術的にみて、それに包含せらるべき事項の範圍は、必ずしも英米法の *cause of action* と同一でなく、また、それは *cause of action* の意義をもつが故に *statement* または *count* とも異なるところがある。畢竟するに、訴因とは、新刑事訴訟法の起草者がそれを意圖し若しくは意識していたか否かは別として、結果的には、ドイツ法の系統をひく舊刑事訴訟法の公訴事實の概念に、英米法の *cause of action* 及び *count* の概念が附加せられたものであつて、一種獨特の内容をもつものと考えられる。従つて、訴因の概念は、わが國の刑事法學における特異の概念であり、刑事實體法學と連關し、それを背景とする理論構造においてこれを把握しなくてはならない。

なお、刑事訴訟の基本的理論構造の把握については、民事訴訟法學の理論に依據すべき多くの分野があるように思われる。本稿もまた、訴因をめぐる刑事訴訟法學の基本問題を、民事訴訟法學的な考え方の下に理解せんとしたものである。しかし、民事訴訟法學の理論が、どの程度まで、刑事訴訟法學の理論として妥當するかは、兩者の基本的性格と相俟つて、興味ある問題である。この研究は他日に譲り、ここには、訴訟技術的の面から考察した私見を示すに止める。

### 三 訴因の概念を把握するについての立場

訴因とは、舊刑事訴訟法における公訴事實を概念化したものであり、民事訴訟法における請求原因とほぼ同一の意義をもつものと解することができる。問題は、訴因の範圍、すなわちその限界の決定である。訴因とは既に述べた如く犯罪事實を法律的に構成したものであり、犯罪構成要件に當嵌めて考えられた法律的事實である。しかしかような訴因が如何なる範圍の事實についての審判請求を支持しているかは、必ずしも明確ではない。訴因は一面において、*cause of action* 若しくは請求原因と同一意義において、訴の原因を示す抽象概念であるが、他方において公訴犯罪事實を示すべき具體概念である。この點において英米法における *count* と、その意義を同じくする。

しかるに、英米法の *count* は、判例・學説を通じて、徐々に組み立てられた沿革的所與であつて、その範圍、すなわち、或る *count* が如何なる範圍の事實についての審判を可能ならしめるかは、個別的に決定せられており、大陸法におけるが如く、一定の基準によつて定められていない。しかし、單に判例を通じて、個別決定的に定められるというだけでは、その基本的構造において、大陸法の傳統をひくわが訴訟法學の理論として、満足することはできない。訴因の範圍は何等かの理論的基準により決定せられべきことを要請せられる。しかし、英米法の *count* の概念はそれを全面的に解決するに不充分である。

想うに訴因の範圍は、訴訟手續の面から考察しただけでは、理論的限界を指定し難い。更に遡つて公訴それ自體、若しくは公訴の内容を決定する刑事實體法にその解決の根據を求める必要がある。換言すれば、訴因の範圍(實質的一個の公訴の個數決定の基準)は、公訴(刑罰要求)にその根據を求め、公訴の對象たる犯罪を構成する社會的事實

にその基準を求めるか、或いは刑事實體法に根據を求めて、犯罪構成要件を基準として決定するかの二つの立場を考へることができる。

この問題を民事訴訟法學の問題に轉換して考察してみよう。<sup>(1)</sup>民事訴訟法學においては、『訴』(實質的意義における)の個數、すなわち『訴訟上の請求』の個數を決定するについて、對蹠的な二つの方法が考えられている。一は、實體法を中心として考へる、いわば實體法的一元觀によるものであり、訴訟法上の請求の個數、すなわち實質的意義における『訴』の個數は、請求の原因として示された實體法上の請求の個數——それは當該請求を構成する實體法上の構成要件、並びに主體の數により決せられる——によつて定まるとする。その二は、これとは全く逆に、訴訟法を中心として考察する訴訟法的一元觀であり、『訴』は裁判所に對する判決の要求であるから、いわゆる『權利保護要求』それ自體、または、その内容と、實質的意義における『訴』の個數とは一致するとみる。従つて、『訴』の個數は實體法上の請求の個數により決定せられるのではなくして、『訴』——權利保護要求——により『訴訟上の請求』の個數が決定せられるといふ。<sup>(2)</sup>

註一 中村宗雄・訴と請求並に既判力 一四六頁以下に詳細である。

註二 この關係を最もよく表明しているのはニキツシュである。曰く、『權利保護要求なき權利主張は、訴訟上の請求ではあり得ない。また權利主張なき權利保護はその對象を缺く。それ故、訴訟上の請求と權利保護要求とは相互對應するものであり、従つて、權利保護要求の個數が請求の個數を決定しなければならぬ。原告が一個の權利保護要求をなす場合には單數の請求が存し、權利保護要求が複數であれば請求も複數である』Nikisch, A., Der Streitgegenstand im ZP. (1935), S. 83.

しかし、第二の立場の如く、『訴訟上の請求』の個數決定につき、原告が訴をもつて主張する權利保護要求の個數を基準とすることは、畢竟するに當該事件の具體的事實を基準とし、一個の事件については、實體法上數個の請求が併

存し競合する場合であつても、なお、一個の訴(訴訟上の請求)が存するとみることであり、これは『訴訟上の請求』が實體法に依據するという事實を無視しているばかりでなく、一個の訴訟上の請求の範圍が、一個の訴においてなされるべき訴訟技術的に可能かつ妥當な審理範圍を超える場合があることに問題がひそむ。すなわち訴訟における本案の判決は、原告の訴訟上の請求について、その實體的要件の具備、不具備を審査してなされるものであり、かつそれに對する判決の既判力は、當該請求に關する充分なる審理の充足を制度的前提要件として生ずるのである。従つて、一個の請求の範圍は、當該訴訟における審理充足の可能な範圍において、これを定めるのが妥當であらねばならない。この意味において、訴訟法上の權利保護要求の個數によつて、訴訟上の請求の個數を決定することは、ひろきにすぎる。この故に民事訴訟法學におけるこの立場の學説は、意識的・無意識的に審理の範圍並びに既判力の客觀的限界を縮小せんと試み、實體法上の構成要件に従つて、訴訟上の請求の個數、従つて既判力の範圍を定めんとする趨勢にある。ただ、最近においてみられた司法權の擴大傾向、特に、ナチス訴訟理論による裁判權擴大強化の傾向におされ、またある場合には、訴訟手續上の技術的要請におされ、多少、實體法上の構成要件を離れ、權利保護要求の内容によつて訴の個數を決定せんとする傾向もある。例えば、錯誤による無効も、取消による無効も、無効なることにおいて同一であるから、その一方についてなした判決の既判力は他に及ぶという判例の如きその一例である。<sup>(2)</sup>しかし、これらはなお例外にとどまる。民事訴訟法學においては、大體において、實體法の構成要件、並びに主體の數によつて訴訟上の請求の個數を決定する立場が壓倒的であり、その理論は既判力の限界を定めるについても概ね妥當である。

註一 例えば、運送品滅失の事實に基き、債務不履行による損害賠償を求めると、或いは不法行為による損害賠償を求めると、同一の訴訟上の請求であるとし、従つて一方に對する判決の既判力は他方に及ぶとする。



註<sup>2</sup> 昭和三年八月一日大民四判決、民集七卷六八七頁參照。

以上述べた理論は、刑事訴訟法學の分野にこれを應用することができる。そしてその結論として示されるところも、同様に妥當するように考えられる。

訴因についていう。刑事實體法中心の考え方、また別の角度からいえば、當事者主義的考え方によれば、訴因の範圍、實質的一個の訴の限界は、そのよつて立つところの刑事實體法上の犯罪の個數決定の基準によつて決せられることとなり、また他方、訴訟法中心の考え方、或いは職權主義的考え方によれば、それは當該事件の具體的事實關係を標準として考え、國家に對する刑罰要求を中心として考へべきこととなる。<sup>(1)</sup>

註<sup>1</sup> この立場では、訴因は或る犯罪事實を表徴するもの、單にその符號の意味をもつに止まり、その訴因による審判の範圍（公訴の効力）は、實質的に訴因とは離れて、具體的な當該事件についてその全てに及ぶと解することとなる。従つて、それは、實質的に公訴の限界を劃するということ意味をもたないこととなり、結局前に述べた公訴と訴因の關係を切離して考へる立場（前述、本稿五六頁）と同一に歸著する。

想うに、訴因は、現實的には公訴事實を法律的に構成したものであり、實體法に依據するものである。然らば訴因の範圍（實質的公訴の範圍）は、當然實體法上の犯罪の個數決定の基準によつて決せられるものとしなければならぬ。それは主觀的には犯人により、客觀的には構成要件によつて決せられることとなる。従つて、訴因の範圍は、起訴狀に示された被告人と、檢察官の犯罪事實に對する實體法上の評價によつて定まる。従つてこの立場では訴因と罰條は常に相即したもの、一訴因一罰條ということとなり、同一なる反社會的事實であつても、法律的評價が異なり、構成要件を異にすれば、訴因もまた異なることとなる。例えば、窃盜の見張行爲をなしたという事實につき、それを窃盜罪とする場合と、窃盜幫助とする場合とでは訴因が異なることとなる。また目的物の占有が被害者に屬していた

か否か不明である場合、それを窃盜(刑二三)とみると、横領(刑二五二)に問擬するとは同じく訴因は異なることとなる。

註一 訴因の範圍を決定するにつき、犯罪構成事件を基準とする考え方には、刑事實體法にその基準を求める立場からも、當然異説が豫想される。それは、實體法上の犯罪の個數を決定する基準をいづくに求めるかについての争いであるが、ここには立入つて考察することは省く。反對説として豫想せられるものには、行爲を標準として決せんとする行爲標準説、犯罪の決意を標準とせんとする意思標準説、或いは被害法益を基準とせんとする結果標準説等がある。

これに反し、刑罰要求を基準として訴因の限界を決定するものとするれば、當該訴因は、その依據する構成要件の限界を超えて、それによつて表示せられた犯罪事實(實體法上の構成要件に關係して把握された法律的事實)と同一性ある犯罪事實についての審判を可能ならしめ、その依據する罰條が互に異なつても同一訴因とみられる。この見解は、事實上、公訴と訴因との關係を切離して考える立場と同様であり、訴因の制度的理念に反するばかりでなく、前述の如く訴因の範圍を審理充足の限度を超えて擴大する不當を内含するものである。訴因をもつて公訴の限界を決定するものとしながら、この立場に立つことは無意味なことである。

なお、訴因の限界をもつて、構成要件に關係して把握された法律的事實ではなく、社會的事實に求むべきであるとの見解も成立しうる。しかし、この立場において、社會的事實を『事件』そのものとする場合には、前述した訴因の個數を刑罰要求の個數によつて決定する立場と同一に歸著することとなる。またこの社會的事實をもつて事件を組成する各個の具體的事實と考えるならば、結局、それは構成要件を基準として訴因の個數を決定する學說と表裏の關係に立ち、結局において同一に歸する。嘗つて民事訴訟法學においては請求原因に關し、法律要件説と事實記載説とが對立したが、それは法律事實説によつて統一せられた。訴因に關しても、同様でなければならない。<sup>(1)</sup>

註一 民事訴訟法學において、請求原因につき事實記載説と法律要件説とが對立したのは、舊民事訴訟法の下において、請求原因の變更を極度に制限したことによる（舊民訴一九五條二項第三參照）。事實記載説によれば、事實關係を變更せしめなければ、法律的價值評價の變更、例えば不法行為による損害賠償請求を、債務不履行による損害賠償請求に改めるも請求原因の變更とならないが、この學説を徹底せしめると、訴狀の事實記載の變更は、すべて請求原因の變更となるという不合理に陥る。現在、この學説は行われていない。訴因に關しても、この事實記載説に類する考え方によれば、構成要件に變更を生じない單純な事實の異同（例えば、目的・場所・方法・被害物件等）も訴因の變更ということとなり、實務上行われ難い所論に歸著する。従つて構成要件を充足する事實（法律事實）を基準とするという外はない。また、かく解することは前述した構成要件基準説を事實の側面から立論したことになるわけである。

換言すれば、訴因における犯罪の日時・場所・方法・被害品等は、必ずしも、訴因そのものの概念に屬するものではなく、一の構成要件によつて評價されている事件を、特定するに必要な限度において訴因の中に示されるにすぎないものと解する。刑訴二五六條二項が日時・場所・方法等は『できる限り』具體的に記載すればたるものとしているのも、この趣旨を示すものである。判例、同趣旨 昭二四・一二・一六、福岡高裁判、高裁判事判決特報三號八二頁、昭二四・一二・五、名古屋高裁判、判決特報四號九頁 等。

これを要するに、訴因の限界（實質的公訴の範圍）は、刑事實體法にその根據を求めて、主體と構成要件の個數によつて決定するのが妥當といわなければならない。訴因の限界を事實に求める見解も、結局においてこの見解に合流すべきものであることは前段に述べた如くである。なお、團藤教授の訴因論は、それに實體的意義を認めない點において私の立場と異なるが、『訴因とは公訴事實を法律的に構成したものをいう。』といい、一訴因一罰條、すなわち、實體法上の構成要件（罰條）と訴因とは互に即應したものであるように説明せられており、この點については私の立場と一致する。しかし、すぐその後では、『たとえ、委託された包装物の内容を抜き取つた事實が窃盜罪か横領罪かは刑法上争いのあるところであるから、かような事實を訴因として記載したばあい、刑法第二三五條（窃盜罪）と

第二五二條（横領罪）とを適用罰條としてかかげることが許される』とし、一訴因に數罰條が競合する場合のあることを認めている。<sup>(1)</sup> 後者は訴因決定の基準を當該事件の具體的事實に求め、國家に對する刑罰要求を基準としたものとするべきであろう。しからば前者の理論がその決定の規準を實體法上の構成要件に求めたのと平仄を異にする。<sup>(2)</sup> また、AとBが科刑上の一罪をなす場合、その一部Aの訴因を掲げれば、それは當然他のBの部分の審判をも可能ならしめるものとしている。<sup>(3)</sup> しかし、これもまた、その決定の基準を國家に對する刑罰要求に求めたものとみることができる。このように訴因決定の基準を、場合によつて異ならしめるには、それを妥當とするだけの根拠がなければならぬ。しかしして團藤教授は何らその根拠を示していない。

註1 團藤・新刑事訴訟法綱要一三九頁。

註2 この場合、訴因決定の基準を實體法上の構成要件に求めて解するならば、委託された包装物の内容が何人（委任者・受任者）の占有に屬するかによつて、窃盜或いは横領の二つの訴因が成立すべきであり、その訴因が罰條と共に豫備的または擇一的に記載されるべきものである。團藤教授のように考えることは、便宜の手段として許されるかどうかは別として、理論的には一貫しないうらみがある。

註3 團藤・前掲一〇四頁、小野・新刑事訴訟法概論一三四頁等。

刑罰要求を基準として訴因の範圍を決せんとする立場を徹底せしめるときは、訴因の概念は非常に廣いものとなる。例えば、事實關係法律關係の不明瞭な犯罪も、ある訴因によつて一應表示しておけば、審判がその訴因によつて表示せられている事實と同一性ある事實に向けられている限り、その訴因はその事實に對する審判を可能ならしめる。つまり、訴因は、前法律的な犯罪的事實に對する符號としての意味のみをもち、訴追側にとつては非常に有利であるが、被告側にとつては不利である。かような考え方は、新刑事訴訟法の下に強度の職權主義的な考え方をもちこ

むものであつて、かくては訴因制度の意義を没却することとなる。起訴狀は、また一面から考察した場合、當事者主義的考慮の下に、公判請求書たると同時に、被告人に對する攻撃の通告狀でもある。従つて、また起訴狀に記載される訴因のもつ意義も、被告人が相當の防禦準備をなしうる程度に固定していなければならぬ。

#### 四 訴因と公訴事實

これまで述べてきたように、訴因は公訴の内容をなし、その個數を決定すべきものである。しかして、その訴因の範圍決定の基準を實體法上の犯罪の個數決定の基準に求める場合、それは本則として犯罪の主體・刑事實體法の定める構成要件によつて決せらるべきものである。結局、一人の者が、數罪を犯した場合、その訴因の個數（實質上の訴の個數）は、社會的事實としての犯罪が、刑法各本條の定める構成要件を何個充足しているかによつて決せられる。すなわち、訴因の範圍決定の基準を刑事實體法に求める場合、訴因は常に罰條と相即し、相應じたものであり、従つてまた、公訴の限界、個數は、この構成要件的評價によつて決定せられるものとなる。

訴因をかく解する場合、訴因は罰條に即した事件の價值評價に外ならないのであるから、同一事件を他の罰條に則して價值評價し得る場合が存しうる。そのゆゑに檢察官は、同一の事件につき數個の訴因を豫備的または擇一的に記載して公訴を提起することができ、また訴訟の進行中、公訴事實の同一性を害しない限り、訴因・罰條の變更をなし得るのである。また同時に裁判官は檢察官に對し訴因・罰條の變更を命ずることもできる（<sup>(一)</sup>刑訴三（一二條））。これを逆にいうならば、同一の事件を數個の構成要件によつて評價しうる場合には、その構成要件ごとに、實質的には數個の公訴が成立し、その數個の公訴が形式的な一個の訴の内部において豫備的或いは擇一的に併合されていると解される。また、

審理の進行によつて事件に對する法的評價が異なつた場合には、訴因・罰條の追加・撤回・變更と共に公訴自體がその同一性を害しないで變更したとみるべきであらう。詳言すれば公訴の効力は、元來訴因として示された公訴事實について生じるのであるが、しかし、なお、その公訴事實と同一性ある範圍内の事實については、公訴はその同一性を害しないで、それ自體を變更することができる。<sup>(2)</sup> また、ある訴因による確定判決は、その訴因たる事實について科刑する國家意思の宣言であるが、なお被告人の利益のため、同一犯罪について提起せられた後訴に對して既判力を及ぼすことになる。二重起訴を禁止した憲法第三九條にいう『同一の犯罪』とは、『同一の公訴事實』すなわち『公訴事實との同一性』を指稱するものとみなければならない。この點については後に述べる。<sup>(3)</sup>

註！ 檢察官がこのような裁判官の命令に服すべき義務を負うかどうかは一つの問題である。私は、これまで述べてきたように訴因を實體的なものとして考え、訴因と公訴を結びつけて考えるから、不告不理の原則 *non in iudex sine actore* を徹底せしめる限り、檢察官には裁判官のかような命令に服すべき實體的義務はないものと考ええる。結局この場合の裁判官の命令は、訴訟指揮權に基くものであるが、檢察官はその命令に従うべき實體的義務を負わないのであるから、手續法上の義務もまた存しないとみるべきである。訴訟指揮の命令には、制裁を伴う強制的命令と、制裁を伴わない勸告的命令とある。本條（刑訴三一二條）にいう『命ずることができる』とは、訴訟手續の適正な進行のため、當事者のそれに即應する行爲を期待する勸告的命令に外ならな  
いと考える。

なお、訴因に實體的意義を認めない立場（公訴と訴因とを切離して考える立場）に立ちながら、不告不理の原則を援用して、檢察官は裁判官のこの命令に服すべき義務なしとする者もある（例えば、羽山忠弘、訴因に關する試論・警察研究十九卷十一號二九頁）。しかし、不告不理とは、『訴』についていわれることであり、かような立場に立ち訴因をもつて訴訟技術的なものとしながら、この原則を援用することは論理の一貫しないものがある。この立場に立つならば、この命令はむしろ訴訟手續上の命令として、裁判官の訴訟指揮權の範圍内に屬すべきものと考えるべきであり、從つてそれとの關係において、この問題は解決せらるべきである。

註2 かような考え方は、通説とは全く相反するものである。通説によれば、公訴の効力は、公訴事實（前法律的事實）と單一・

同一の關係にある事實に對して、潜在的に及び、訴因として示された部分について顯在的に及ぶとする（例、團藤・新刑事訴訟法綱要一〇三頁）。しかし、この考え方は、公訴の効力の及ぶ範圍を、既に公訴提起の際訴因とは離れて抽象的に限界づけ、この限界内において審判し得るものと考えてるのであつて、訴訟の實際が、訴因を中心として行われることに則さない。これは餘りにも抽象的概念的な考え方といわなければならない。現實的には、公訴は訴因によつて提起されるのであり、従つて審判の範圍（公訴の効力）は、その訴因たる事實について生ずるものとしなければならない。しかして、審理の進行につれて、公訴提起の際の訴因とは異なる評價を得た場合には、その事實（勿論、前の公訴事實と同一性あることを要す）について、公訴自身が變更すると考えることが穩當である。公訴の効力が、潜在的に或いは顯在的に及ぶとは、言葉の上ではともかく、實質的には一體如何なることを意味するのであるうか、この考え方は、既に述べた如く、舊刑事訴訟法時代の公訴、及び公訴事實の概念をそのまま温存し、それに目新しい『訴因』という概念を積み重ね、しかもそれに實體的意味をもたせようとしたものであつて、その相關々係の把握には不充分なものである。またこのように考えることは、その當然の結果として、舊刑事訴訟法當時の強度の職權主義的な考え方を脱却しえないうらみがある。公訴、公訴事實の概念は、訴因制度の新設と共に、また新たに考え直さなければならない問題である。

註3 刑事訴訟法における判決の効力の問題についても、民事訴訟法的な考え方を徹底するならば、既判力は、訴因たる事實について生じるものとしなければならない。しかし、判決確定後に、同一犯罪事實を他の訴因を以て構成し、訴を提起した場合にも、前訴判決は、かような後訴を拘束するものとしなければ、被告人の利益を甚しく害することとなる。従つて、刑事訴訟においては、既判力は、訴因たる事實について生じるものでなく、公訴事實に同一性ありとみられる後訴を拘束するものとしなければならない。かような點については刑事訴訟法の基本的性格と相俟つて、民事訴訟法と同一に斷ずることはできない。この點については後述する（本稿八七頁以下参照）。

問題は、公訴事實とは如何、またその同一性の範圍（事件に對する法的價值評價に推移のある場合）を如何に措定するかにある。

公訴事實とは、これまで屢々述べてきたように、訴因によつて把握されたものであり、それは既に法的評價を経た犯罪事實である。それは訴因たる事實と同一ともいうことができるのであつて、通説が解するように、前法律的な社會的事實を意味するものではない。ここで問題となるのは、その同一性の範圍を如何に考うべきかである。この問題は、また、これを民事訴訟法が、訴の變更の限界基準とせる『請求の基礎』に對比し、それに對當する概念として把握することにより、すべての問題が合理的・合目的に解決せられるように思う。

民事訴訟法第二三二條は『請求ノ基礎ニ變更ナキ限り口頭辯論ノ終結ニ至ル迄請求又ハ請求ノ原因ヲ變更スルコトヲ得』と規定している。すなわち請求の基礎に變りのない限り『請求又ハ請求ノ原因』(請求の趣旨及び原因)を變更することができるのであつて、この『請求の基礎』が、訴の變更の前後において、『請求の同一性』を維持するについての必要條件となり、可能なるべき訴變更の限界基準を示している。しかし、それが何を指すのであるかについては、民事訴訟法學者の間にも争のあるところであるが、要するに訴の變更の前後における『請求の同一性』を指稱すべきものであるから、それは、訴により主張するところの利益に外ならないものと解することができよう。<sup>(1)</sup>しかし、この『請求の基礎の同一』を事實の側面から考察したものが刑事訴訟法における『公訴事實の同一性』とみることができる。以下に詳説するであらう。

註一 中村宗雄・判例民事訴訟研究(第一卷)三四七頁以下、同・民事訴訟法(上卷)二一二頁參照。

公訴事實の同一性、すなわち事件の同一性とは、事件が訴訟手續發展の前後の關係において、同一性あるものとして取り扱われることであり、それは犯人の同一と犯罪事實の同一性によつて決せられる。

犯人の同一については別段問題はない。問題となるのは、犯罪事實の同一性である。これについては激しい學說の



對立がある。通説は、犯罪事實とは、前法律的な歴史的事實を意味するものであるとし、前法律的な社會的事實として、その基本的な點において同一であれば、その犯罪事實は、前後同一であるという。しかし、訴因の限界は、前述した如く、刑事實體法上の構成要件を中心として考察すべきものとする限り、犯罪事實の同一性の問題も、また實體法上の構成要件を離れて考察することはできない。訴因を通じて把握された公訴事實は、既に前法律的な社會的事實ではなくして、法律的評價に關係して把握された事實である。すなわち、それは單に事實上の問題として把握したのでは不充分であつて、そこには常に法規範的評價の介入が必要である。しからば公訴事實の同一性の範圍は如何にして決せらるべきであらうか。それは、まず實體法的評價を中心として考察すべきであり、訴因を構成する犯罪構成要件によつて限界づけられるものとしなければならない。しかしまた、この問題は、訴訟手續において問題とせられる限り、訴訟法の立場において、その實踐的要求をもこの理論のうちに織り込む必要がある。かくして、犯罪事實の同一性（公訴の變更可能の限界）の範圍は、それを如何に指定することが被告人の利益を保護することとなるか、逆にいえば、どの程度にまで擴張して解しても被告人の不利となることはないか、また、事件に對する判決の既判力を、どの程度にまで及ぼさしめるべきかという、個人的及び國家的な兩面からの考慮のもとに決定せられなければならない。しかしてその限界は、『保護法益の同一性』と『審理の充足』という概念を基準とすることにより解決せられるであろう。すなわち、二つの要件が、その保護する法益において互に同一性ありと見得られる關係にあるならば、それは、前述した民事訴訟における『請求利益の同一』と同様な關係において、その構成要件によつて評價されている事實相互間には同一性ありといひ得るであろう。また、ある實體法上の構成要件に當嵌めて考えられた事實（訴因）の審理が、同時に他の構成要件の審理をも充足するような關係にある場合には、またその場合に限つて、かかる構成

要件によつて判断される事實相互間に同一性ありと稱して妨げないであらう。例えば、窃盜罪と強盜罪、横領罪と背任罪との間には、その保護する法益を同じくし、また構成要件の重要な部分において共通なものがあるから、ある事件がこれ等の構成要件によつて評價される場合には、その間に犯罪事實の同一性ありと認めることができる。<sup>(1)</sup>

註一 この點、英米法においては訴訟法的見地から、證據の同一によつて事件の同一性を判断しようとしている。すなわち、判例

によれば、後に起訴された犯罪事實を支持する證據と、前に起訴された犯罪事實を立證する證據とが、同一のものであるときは、その兩事實は同一の犯罪であるとしてゐる (Houzel & Walsley, *Defending and prosecuting Federal criminal cases*, § 363.)。この基準も、また、本文に述べた實體法的基準の補充的基準となすことができる。

審理の進行につれて、事件に對する法律的評價が變化した場合、客體たる事實（通説のいう如く前法律的な事實ではない。訴因によつて把握された法律的な事實である）は、その前後を通じて、以上述べた意味で同一性を保たなければならぬ。刑事訴訟法第三一二條が、公訴事實の同一性を害しないで、訴因の追加・撤回・變更を認めるといっているのも、また、この意味において理解すべきである。この限界を超えて法律的評價（訴因）を變更することは許されない。この限界を踏み超えて、更に別の異質的な構成要件によつて評價しようとする場合には、新たに別の公訴を提起すべきであり、訴因の追加・撤回・變更の方法によることは許されない。例えば、殺人豫備の訴因を、内亂豫備の訴因に變更する如きは許されない。蓋し、訴の同一性を破ることとなるからである。

## 五 訴因の限界決定の基準を刑事實體法におく理論の展開

以下、前述した如き立場において、各場合の理論構成を試みるであらう。

### （一）單純一罪の場合

ある社會的事實としての犯罪を、法律的に構成した場合、その事實關係・法律關係が明瞭で、單に一つの構成要件によつてのみ評價することができ、他の構成要件を以ては評價しえないような場合、すなわち、訴因が絶對的に一個の場合には、その審判は、訴因として示された事實について、訴因のよつて立つところの構成要件を中心とし、かつその限界内において行われる。そして、その判決の既判力は、その訴因として示された事實について生ずることとなる。この場合の訴因は、公訴事實を全面的に表示するものであつて、その犯罪事實に對し、訴の原因たる抽象的意味と、また、その事實關係を示す具體的な意義との二つを兼併する。この場合の訴因は、英米法の *cause of action* と *count* の意味をもち、また、民事訴訟法學に當嵌めて考えれば、『請求の原因』對當の關係にある。

以上述べた場合が、訴因・公訴・公訴事實等、刑事訴訟の基本概念のすべてが一致する最も基本的なものである。しかし、實際に生起するのは、かような單純な場合ばかりでない。例えば、一つの客觀的に確定せる事實が、同時に二つ以上の構成要件によつて評價し得るような法條競合の場合、また、事實關係・法律關係が不明瞭で、一つの事實（社會的事實）が二つ以上の構成要件によつて評價され得るような場合（横の關係において公訴事實に同一性ある場合）或いは事實に對する法的評價が、訴訟の進行につれて變化した場合などがある。

訴因の本來の意味は前述した如くである。しかし、それも訴訟において取扱われる限り、訴訟法理の支配をも認めなければならぬ。かくして、かような場合には、それぞれ刑事訴訟の實踐的要請の下に、訴因のもつ意味も多少の變更をうけることとなる。以下これらにつき、場合を分つて考察を進めることとする。

（1）ある客觀的に確定せる事實が二つ以上の構成要件によつて評價される場合

これは、一つの客觀的に明確な事實が二つ以上の構成要件によつてそれぞれ別の方面から獨立に判斷される關係に

ある場合であつて、法條競合の擇一關係の場合がこれにあたる。例えば、委託された包装物の内容を抜取つたという事實が、窃盜罪の規定（刑二三）と、横領罪の規定（刑二五）との二つによつて評價されるというような場合である。この場合客觀的事實としては、一個存するのみであるが、その評價する構成要件は數個存するのであるから、訴因も數個成立するものとみななければならない。しかし、これ等數個の訴因が評價しているのは、全く同一の事實（客觀的に確定せる事實）であるから、一個の訴因による公訴において、他の訴因により判決するにつき、別段訴因變更の手續を要しないとすべきである。<sup>(註一)</sup> また、一の訴因による審理は、同時に他の訴因による審理を充足するから（兩訴因の表示する公訴事實は全く同一であるから）、一の訴因による判決の既判力は、當然他の訴因による後訴に對し既判力を及ぼす。

註一 しかし、それは理論的に二つの訴因が成立することを否定するものではない。

この場合、訴因は前段に述べた基本的な場合とやや異つた意義をもつようである。蓋し、この場合の競合せる訴因は、審判に附せられた事件を、それぞれ異なつた面から全面的に評價し、ただその規定の性質上、その一方のみが適用せられるのであつて、それら訴因の指向している客觀的事實關係は全く同一である。逆にいえば、この場合、公訴はただ一つであり、訴因はその内部において、いずれもがそれを全面的に支持しながら、その一つだけが適用されるという關係にある。それは、あたかも民事訴訟法の、實質的一個の訴の内部における獨立なる攻撃方法を意味するものといふことができ、また、英米法の count を意味するものといふことができる。従つて、この場合、訴因は公訴の個數を決定する意味を有しないのであり、公訴の原因は、これ等獨立なる攻撃方法たる訴因を包攝する更に高次の段階に求められる。その故に、また、一の訴因を他の訴因に變更して判決するには、訴因變更の手續（刑訴三（一二條））を要しないとみるべきである。

(2) 或る社會的事實が二つ以上の構成要件によつて評價され得る場合

ここでは、事實關係・法律關係が不明瞭で一つの社會的事實が、數個の構成要件によつて評價され得るような場合を検討する。この場合數個の訴因を想定することができ、檢察官はかような數個の訴因罰條を、豫備的或いは擇一的に記載して公訴を提起する(刑訴二五)。例えば、或る行爲の事實的・法律的關係が不明瞭で、それが名譽毀損罪の規定に則して構成することもでき、或いは侮辱罪の規定に則して構成することもできるといふような場合である。この場合には、社會的事實としては一個存するのみであるが、評價する構成要件を異にすることに數個の訴因が成立する。しかし、數個の訴因によつて表示せられる公訴事實は嚴密には同一ではない。ただ、その横の關係において同一性ありということができるに止まる(この點において、二つの訴因によつて表示される公訴事實が全く同一である前段の場合と異なる)。従つてこの場合は、形式的一個の訴において、實質的數個の公訴が、選擇的或いは擇一的に主張せられるという關係にあるとみるべきである。これは恰も、民事訴訟法における客觀的訴の併合(民訴二)の選擇的併合、及び豫備的併合の場合に對當するものと考えることができる。しかしてこの場合、求める判決はただ一つであるから、裁判所はその一の主張につき有罪の判決をなすならば、更に他につき判決する必要なく、終局的には一つの判決のみがあれば足りる。<sup>(1)</sup>しかし、その一方の訴因についてなされた判決は、他の訴因による後訴を拘束する。この點については民事訴訟法と同一に斷ずることを得ない(後述)。<sup>(2)</sup>

註1 昭和二四・一二・一四、名古屋高裁判、判決特報三號六一頁等。

註2 本稿八七頁以下參照。

なお、訴因・罰條を豫備的或いは擇一的に記載して公訴を提起するには、數個の訴因によつて把握される公訴事實

相互間に、必ずしも同一性あることを必要としない（刑訴二五六・三一二條）。更に、同一性のない公訴事實について、別個の公訴を選択的或いは豫備的に提起することも許される。例えば、被告人が甲から品物を借り（詐欺・刑、二四六條）、更にそれを乙に賣却した（横領・刑、二五二條）というような場合である。この場合、甲と被告人との關係において詐欺罪の公訴事實を構成することができる、また、乙と被告人との賣却の事實の中に横領罪の公訴事實を指定することができる。しかも、それは、何れか一方のみが有罪であつて、双方が同時に有罪となることはない關係にある。この場合、公訴事實は兩者異なるものと考えることができ、従つて、公訴もまた異別であり、それら別個の公訴が、豫備的・或いは擇一的に併合されるといふことができる。言いかえれば、訴因の豫備的・擇一的併合の場合には、同一性ある公訴が、豫備的擇一的に主張される場合と、同一性のない別個の公訴が、豫備的或いは擇一的に主張される場合がある。しかして、後者の場合には、前者の場合とは異なり、それぞれの訴因につき判決をなすべきであり、また、その一方についてなした判決の既判力は、他に及ばない。蓋し、別個の公訴とみるべきだからである。

### （3）審理の進行につれて事件に對する法律的评价が變化した場合

ここでは、公訴提起の際、ある訴因によつて評價せられた事件が、審理の進行につれてその實體的眞實が明かになり、それに對する評價を異にした場合が考察される。この場合前の段階において法律的に構成された事實（公訴事實）と、後に他の構成要件によつて評價されている事實（公訴事實）とは、同一性を保たなければならぬ。この點につき、刑事訴訟法第三一二條は、公訴事實の同一性を害しない限度において、訴因の追加・撤回・變更を許すことを示している。この公訴事實とは、既に述べて來た如く、訴因によつて表示せられるものであり、それは既に法律的評價を経た法律的事實であつて、前法律的な社會的事實を指すものではない。單に前法律的社會事實として前後同一

であつても、法律的評價の面から考えて、その間に同一性がなければ、そこに公訴事實の同一性ありと稱することはできない。これは通常、事件の同一性の問題として論ぜられているところである。その同一性を如何に措定すべきかについては、既に述べたところである。<sup>(1)</sup>

註一 本稿七〇頁以下参照。

このように審理の進行につれて、事件に對する法律的評價が變化した場合、訴因は訴訟において如何なる意味をもつものと解すべきであろうか、訴訟發展の各段階を捉えてみれば明らかであるように、一個の訴因・罰條が一個の犯罪に對する訴追を維持しているのであるから、その段階における訴因は、最初に述べた基本的な場合と同じく、公訴の原因、民事訴訟法における『請求の原因』を意味するものと解することができる。しかし、この請求の原因の意味をもつ訴因が、その同一性を害しない範圍内で移動するのであつて、それは、丁度、民事訴訟法における訴の變更の、請求原因の變更と同じ關係にあるとみることができよう。<sup>(1)</sup> かように、訴訟の進行につれて訴因が變化する場合、その前後の訴因の把握する公訴事實は、同一性はあるが、全く同一であるのではない。しかし、かような場合には、刑事訴訟の特殊性からして、被告人の利益のため、後の公訴を拘束する<sup>(2)</sup>（後述）。

註一 その理論構成については、本稿六八頁及び六九頁註三参照。

註二 本稿八七頁以下参照。

このように、訴因が公訴事實の同一性を害しないで變化する場合は數多くあるであろう。しかし、或る事實に對する訴因が、法條競合の關係に立つ規定に則して前後評價された場合には、その構成要件相互間に密接な關係があるから、特にとりだして、更に検討を加えることとする。

法條競合とは、一の社會的事實としての行爲が、數個の犯罪構成要件に該當しながら、その規定の性質上一が他を排斥して適用せらるべき場合である。しかし、それには、(a)特別關係、(b)補充關係、(c)吸收關係、(d)擇一關係の四種があるものとされている。擇一關係の場合は前段において述べた。ここには特別關係、補充關係、吸收關係の場合を考察する。

(a) 特別關係 これは、特別規定が、一般規定によつて價值評價せられる犯罪のうち、更に特別の要件を備えるものについて特にそれを評價するという場合である。それは或る構成要件の上に、更に特殊の構成要件が加えられた關係にあり、特別法の構成要件を充足する場合は、常に一般法の構成要件をも充足しているという關係にある。すなわち、特別法の犯罪の構成要件は、一般法の犯罪の構成要件をその中に包含する。例えば尊屬殺人罪（刑二〇）の構成要件は、普通殺人罪（刑一九）の構成要件を、その中に包含し、尊屬殺人罪（刑二〇）は尊屬殺人罪（刑一九）の關係にある。

(b) 吸收關係 これは、全部規定が、部分規定の豫定する犯罪を、その中に包含して、全部的な評價をなす場合である。例えば、窃盜正犯の構成要件は、その中に窃盜幫助の構成要件をも包含するとみることができる。

(c) 補充關係 これは、主規定の適用のない場合、補充規定が適用せられるという關係であつて、例えば、或る事實が名譽毀損の構成要件（主規定）を充足するに至らない場合、侮辱罪の規定（補充規定）が適用されるというような場合である。すなわち、主規定によつて評價し得る場合には、常に補充規定の構成要件を充足するのであつて、補充規定は主規定の構成要件中に包含せられている關係にある。

以上三つの法條競合の場合を概観すると、そこに一つの共通なものが見出される。すなわち、特別規定の構成要件



は一般規定の構成要件を、全部規定の構成要件は部分規定の構成要件を、また、主規定の構成要件は補充規定の構成要件を、その中に包含するのであつて、それぞれその對應する構成要件相互間に、一方が他方の構成要件を包含するという共通の關係がある。

これにより、次の結論を導くことができる。すなわち、かように一の規定（例、一般規定）の構成要件が、他の規定（例、特別規定）の構成要件に包含せられる場合にも、或る事實をいずれの規定に當嵌めて構成するかにより訴因が異なる。しかし、なお更に、特別規定、全部規定、主規定に則する訴因を以て公訴を提起した場合、審理の進行につれて、それらの規定の内に含まれるべき規定（特別規定に對する一般規定、全部規定に對する部分規定、主規定に對する補充規定）によつて評價すべき場合には、訴因變更の手續を要することなく、それぞれ一般規定、部分規定、補充規定によつて處罰することができるであらう。蓋し、この場合の裁判は、當初豫定せられた訴因の中に包含せられるからである。例えば、自他共に親子なりと考えていた『子』が、その『親』を殺害したという事件において、檢察官が尊屬殺（刑二〇）の構成要件に則した訴因をもつて公訴を提起したところ、審理の進行と共にそれが法律上の親子でないことが判明したというような場合には、それは普通殺人（刑一九）の訴因によつて評價されることとなる。その場合、尊屬殺人として把握された公訴事實と、普通殺人として把握された公訴事實とは、全く同一といふことはできないが、しかし、いわば、全體と部分の關係において同、一性を保ちながら重なりあつてみるとみることができ。従つて、尊屬殺として公訴が提起された場合、訴因變更の手續（刑訴三）をふまず、普通殺人罪として判決することは許されるとしなければならない。これはまた、既遂を未遂に、<sup>(1)</sup>正犯を従犯に、名譽毀損を侮辱罪と認定する場合等についても當嵌まるであらう。<sup>(2)</sup>

註1 未遂、或いは共犯等の概念は、それ自體が別個の犯罪構成要件を成立せしめる要素でないとして、それは訴因を特定する意味をもたないとする考え方もある（昭和二四・六・七、仙臺高裁判、判決特報一號一四頁）。しかし、或る事實法的事實は、各本條の特別構成要件を基本としながらも、なおその修正形式（未遂・共犯）と相俟つて特定せられるものであり、従つてまた、かような修正形式も訴因を特定する意味をもつ（同趣旨、昭和二四・五・一二、名古屋高裁一判、判決特報一號六頁）。この點について、判例は一致をみていない。

註2 なお、かような關係は法條競合の關係に立たない構成要件相互間にも認められる。例えば、傷害の訴因を暴行と認定する場合の如し。ここには法條競合の場合のみを論ずることとした。

しかし逆の場合、一般規定、部分規定、補充規定に則する訴因を以て訴追した場合、訴因變更の手續を経ずして、それぞれ特別規定、全部規定、主規定に則する訴因を認定し、それにより處罰することは許されないとしなければならぬ。蓋し、最初の訴因のよつてたつ構成要件の豫想しない、更に大きな構成要件に則する訴因によつて處罰されることとなり、最初の訴因の審判の範圍以外にでると共に、被告人に不當の不利ををもたらすこととなるからである。蓋し、訴因は、審判の對象を限定すると共に、被告人への攻撃の通告狀の機能をもつものであり、被告人の防禦權の行使をあやまらしめてはならないからである。

しかし、いずれの場合でも、一の訴因による判決の既判力は、將來他の訴因による公訴を拘束する。これについては後に述べる。<sup>(1)</sup>

註1 本稿八七頁以下参照。

以上述べたことから次のように結論することができる。或る訴因による審判の限界は、その訴因によつて把握される公訴事實（法的事實）について生じ、それ以外に及ぶことはない。公訴事實相互間に同一性ありとしても、依據す

る構成要件を異にする毎に數個の訴因従つて數個の公訴があるとみるべきである。この場合、訴因は民事訴訟法における請求の原因としての意味をもち、英米法における *cause of action* と *count* の意味を兼ね備えているものとみることが出来る。しかし、同一の公訴事實について同時に二つの構成要件によつて評價される場合もあるのであつて（法條競合の選擇的競合の場合）、かような場合にも、構成要件を異にする毎に數個の訴因が成立するとみることが出来る。しかし、この場合、公訴はただ一つであり、訴因は公訴の限界を決定する意味をもたない。この場合には、訴因は民事訴訟法における請求の原因としての意味をもたず、むしろ、『獨立なる攻撃方法』としての意味をもつものと解することができよう（前述<sup>(1)</sup>）。

註一 本稿七三頁以下参照。

## （二）理論上數罪・處分上一罪の場合

これに該当するのは、いわゆる科刑上一罪すなわち、想像的競合及び牽連犯の場合である。想像的競合とは、一個の行爲が同時に數個の構成要件に該当する場合、例えば、石を投じて人を傷け、同時に器物を損壞したというような場合であり、牽連犯とは、犯罪の手段または結果である行爲が、他の構成要件を充足する場合で、例えば他人の住居に侵入し、財物を窃取する場合などがこれにあたる。かような場合、訴因は科刑上の一罪に對して如何なる關係に立つものと解すべきであらうか。

想うに訴因の個數決定の基準を刑事實體法に求める限り、この場合の訴因は、前法律的な社會的事實によつて決定せられないで、刑事實體法が抽象的にその成立を認める各犯罪について、その成立を認めなければならない。従つて科刑上一罪は、數個の訴因の合計により表現せられるのであり、また、換言すれば、それは本質的には數個の公訴の

合計であるのである（但し、實務上それが便宜同一の起訴状態によるか否かは別問題である）。しかるに從來の通説は、以上と異なる。この問題を解決するには、事件の單一性の問題について、若干立ち入って考察する必要がある。

事件の單一とは、事件が、訴訟法上不可分の一個の訴訟客體として取扱われることであり、それは被告人の單一と、犯罪の單一とによつて限界づけられる。事件の單一の範圍内において、その一部を訴因とする公訴の効力はその全部に及び、かつ、その判決の既判力は全體に及ぶのである。犯人の單一ということについては別段問題はない（但し、共謀による共同正犯の理論を、更に徹底せしめるならば、共同意思主體、すなわち、複數人が不可分の關係において犯罪の主體となるのではないかとの疑問がある）。ここに問題となるのは、犯罪の單一ということである。犯罪が如何なる範圍において單一であるかの限界は、犯罪が、刑事實體法上の構成要件において單一であることによつて決定せられる。すなわち、前法律的な社會的事實としての犯罪が、刑事實體法上の構成要件を一個充足する場合は一罪とし、訴訟法上不可分な一個の犯罪として取扱われ、二個充足する場合には、二罪として訴訟法上二個の事件として取扱われるのである。

この考え方に例外を認めることはできない。しかるに從來の通説は、この事件の單一の概念の中に、更に科刑上の一罪、すなわち、牽連犯・觀念的競合犯の場合をも含めて考えている。例えば、AとBが牽連犯の關係にある場合、その一部たるAを訴因とする公訴は、他のかくれたBの部分をも審判の範圍内に含め、AとBとは訴訟法上不可分の一個の訴訟客體として取扱うべきものとしている。しかし、これは新法の下においては特に反省を要すべき事柄である。訴因は、事件に對する法律的評價であり、その訴因によつて審判の對象とされる事實は、構成要件的評價を経た公訴事實であるのである。しかれば、Aを訴因とする公訴の効力はAに止り、Bを訴因とする公訴の効力はBに止ま

るものとしなければならない。科刑上の一罪とは、本來數個の犯罪（すなわち、數個の構成要件を充足するもの）であるものを、處分（量刑）の關係において一罪として取扱い、一個の判決をなすという場合であり、その概念は、構成要件、または、いわゆるその修正形式（未遂・共犯）のいずれにも屬しない。言いかえれば、それは刑法典中に規定されながら、實體法的な意義をもたず、むしろ、訴訟法的な、手續上において重要な意義をもつものといふことができる。かような概念を以て、犯罪が實體的に一個なりや、數個なりやを決すべき基準となすことは不適當であらう。それは、單に刑法に第五四條及び第五〇條の規定があるからという、ただそれだけの理由を以て是認せらるべき問題ではない。<sup>(1)</sup>

註一 小野博士は、『刑法において、刑法五四條および五〇條が引續いて妥當する限り』是認すべきものとされるが（同氏・新刑事訴訟法概論一三四頁）、これは更に、もう一步本質的な點に遡つて究明する必要がある。

要するに、通説は、科刑上の一罪を單一罪として取扱い、その一部についてなされた公訴の効力は、その全部に及び、また、判決の既判力は當然全部に及ぶものと考えている。しかし、この立場は、舊刑事訴訟法における考察態度を、そのまま新刑事訴訟法の下にもち來たつたものであつて、賛成することができない。舊刑事訴訟法の下においては、事實上、前法律的社會的事實の同一性を害しない限りにおいて、裁判官は檢察官の示した公訴事實に拘束されることなく、自由に審理の範圍を擴張することができ、また、判決することができた。<sup>(1)</sup>従つて、廣い意味で、前法律的な社會事實として一つの犯罪と見得られるならば、その一部を公訴事實とする公訴を以て、他の部分（前法律的事實）をも審判しうる可能性はあつたのである。しかるに、新刑事訴訟法の下においては、審判の範圍は、常に起訴狀に記載された訴因及び罰條によつて拘束されるのであつて（刑訴二五六條・三一二條三項）、その訴因によつて示されていない事實

(構成要件によつて評價されていない事實)に對しては、公訴の効力は及ぶべくして及び得ない。またたとえ、訴因と公訴事實を分離して考え、公訴の効力は訴因とは離れて、前法律的な社會的事實に及ぶとしても、訴因・罰條の追加・撤回・變更がなければ、それを審判することは法律上不可能である。果して然らば、かような審理の不能の部分にまで、科刑上の一罪なるの故を以て、既判力を生ぜしめることは誤りといわざるをえない。これに對しては次のような反論が豫想される。かような場合には裁判官は、訴因罰條の追加・撤回・變更を命ずれば問題は解決するであろうと(刑訴三<sup>(2)</sup>一<sup>(2)</sup>條)。しかし、第一に、檢察官は、この命令に服すべき義務ありやが問題であろう。第二に、親告罪と非親告罪とが科刑上の一罪をなし、非親告罪を訴因とする公訴が提起せられた場合には、親告罪の部分については、被害者その他法定の告訴權者の告訴がない限り、裁判官は訴因の追加を命ずべくして命じ得ない。従つて、この部分について審判することは、法律上全く不可能である。この部分に既判力を生ぜしめるとするならば、判決確定後に告訴權者が告訴をしようとしても既判力によつて對抗せられ、告訴の實効をあげえないこととなる。かくては被告人の利益を保護するに急なあまり、被害者の利益を不當に侵害し、また社會の正義をも侵害することとなるのではあるまいか。たとえ、通説に従ひ潜在的には公訴の効力がその部分にまで及ぶとしても、法律的な審判の範圍は檢察官の訴因罰條に拘束されるのであつて、それを逸脱した部分は審判することを許されない。實體的に審判の對象とならなかつたものに既判力が及ぶということは、訴訟法的に考えられ<sup>(4)</sup>ない。既判力は、審理の充足を前提として生ぜしめられるものである。この點に反省の缺ける既判力理論は、既判力の本質を理解せざるものといわなければならぬ。果して然らば科刑上一罪の機能は如何なるものであるかが反問せられるであらう。私は、科刑上の一罪は、處分の際の量刑においてのみ意義を有するものと解する(後述)。

註1 舊刑事訴訟法の下における、かような訴訟法中心の考え方、また、別の角度から考えるならば職權主義的な考え方は、法的に母法であるドイツ法の系統をひくものであつた。しかし、そのドイツにおいても、このような傳統的な考え方に對してビンディングが強硬な反旗をひるがえしている。その理論は彼の論文集 *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, II Bde. の各所に見られるが、特に 'Das rechtskräftige Strafurteil (a. a. O., Bd. II, S. 30 ff.)' に詳細である。

彼は、訴訟の客體たる事件の限界決定の基準を、刑罰要求を中心として考え、前法律的な歴史的事實に求める傳統的な考え方に對して、それは、實體法上の構成要件を充足すると考えられる被告人の行爲を中心として考えるべきであるとし、それを特に *eine Episode aus dem Leben des Angeklagten* と稱し、この Episode という概念を用ゐることによつて、訴訟の審理が不當に擴大せられることを防ごうとしている。英米法の count は、その語源をフランス語の *conte* (物語) に求めるものであり、ビンディングのこの考え方と共通なものがある。ビンディングはその註において『事件は、一定の假定された實體法上の構成要件によつて、訴の原因を構成するものである。このことは非常に屢々看過されている』といつてゐる (a. a. O., Bd. II, S. 329)。

この批難は、直ちに、ドイツ法學の強い影響をうけてきた我が國の學者のすべてに當嵌まるであらう。

註2 本稿六八頁註1參照。

註3 國藤教授は、科刑上の一罪の一部だけについて判決があつた場合にも、『全部について審判の法律的可能性があつたのであるから』既判力は當然事件の全部に及ぶものとされている (國藤・新刑事訴訟法綱要一〇四頁)。然らば本文に述べた如き場合については、如何にこれを解決すべきであらうか。その點について教授の理論はまだ示されていない。

註4 しかし、私も既判力の限界は訴因たる事實に限られると主張するものではない。或る訴因たる事實の審理が、同時に他の訴因の審理の、重要な部分を充足する場合があるのであつて (この關係を概念的に言えば、訴因たる事實と單一・同一の關係にたつ事實といふ)、かような關係にたつ後の訴因については、既判力が及ぶものと解する (本稿八七頁以下參照)。しかし、本文に述べた場合のように、實體的に、訴因たる事實と單一・同一の關係にたない科刑上の一罪の他の部分については、審理は全く空白の状態にあり、従つてまた、この部分について既判力が及ぶとすることは妥當を缺く。

このような通説における理論上の缺陷は、前に述べた如く、訴因の効力範圍決定の基準を刑事事實體法に求め、犯罪

の個數は前法律的な社會的事實によつて決せられるのでなく、それを法律的に價值評價したところ、すなわち、犯罪構成要件の個數によつて決せられるものと解することによつて解決するであらう。

この場合、訴因は、それぞれ科刑上の一罪をなす理論上の各罪を示し、それに對する刑罰要求を支持する關係にある。従つて、一訴因は、理論上の一罪を全面的に支持しているのであるから、それは原則的には *cause of action* と同一意義に歸し、民事訴訟法にいう請求の原因にあたるものといふことができる。<sup>(1)</sup> 但し、或る場合には、請求原因としての意味をもたず獨立なる攻撃方法としての意味をもつ、そのいずれであるかは、前段に述べたところによつて決せられる。この理論に従つて、科刑上の一罪を解明するならば次の如くなる。すなわち、科刑上の一罪は、數個の訴因の合計によつて表示せられる。科刑上一罪の一部を訴因とする公訴が提起せられ、その後他の部分を發見した場合、檢察官は別に公訴を提起すべきである。この場合、訴因の追加の方法によるのは、便宜の手段としてしか是認することはできない。また、他の部分を發見することなくして、一部について判決があつた場合、その判決の既判力は他の部分に及ばない。従つて、檢察官は、後にその他の部分を發見した場合には、さらに、その部分について公訴を提起することができる。例えば、一發の彈丸で甲を傷け、同時に乙を殺害したというような場合、甲に對する傷害を訴因とし審理・判決した場合には、その判決の既判力は甲の傷害についてのみ生じ、他の部分に及ばない、後に乙に對する殺人の事實が判明した場合には、更にそれに對して審判することができるであらう。ただ、判決に際しては、裁判官はその量刑において、既に判決を経た部分と合計して、刑法第五四條の制限内に止まれば足るものと解する。この結論は、訴因決定の基準を刑事實體法に求める當然の歸結である。<sup>(2)</sup>

註一 本稿七二頁以下參照。



註2 その基準を處罰（刑罰要求）に求め、公訴事實を法律的評價を経ない前法律的事實とみるならば、通説の如き結論となる。しかして、その妥當を缺くことは、既に試みた批判によつて明らかであろう。

問題は、憲法第三九條に定める二重起訴禁止との關係である。憲法第三九條は『同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。』としているが、ここに同一の犯罪とは、すでに述べたように、『同一の公訴事實』すなわち『公訴事實との同一性』を指稱するものと解すべきである。しかして科刑上の一罪は前述した如く、數個の訴因、數個の公訴事實が存するとみるべき場合であるから、それは、理論上二つの犯罪・別個の事件というべきである。なお、英米法においては科刑上の一罪という概念がないため、かような場合を二個の事件として取扱ひ、一方の判決後他方を審判することは、別に二重の危険 double jeopardy とは考えていない。實體法の異なる英米法の理論は、直ちに以て我が國において正當とはいひ得ないが、この點については同様に解して差支ないであろう。

註1 本稿六八頁參照。

科刑上の一罪は、訴訟手續において意義を有するものと解すべきである。判決せられない犯罪について審理判決することは、それが科刑の限度を超えない限り、如何なる點からみても再度の處罰、二重の危険とはいひえないであろう。

## 六 訴因と既判力との關係

訴因はこれまで述べてきたように、犯罪事實を法律的に構成したものであり、構成要件に當嵌めて考えられた法律的事實である。しかして、訴訟は、この訴因たる事實を中心として行われ、また、判決は、この訴因たる事實に對し

てなされるものである。しかし、判決の既判力の限界も、また、この訴因たる事實に限界づけられるかという、問題はそれほど簡単ではない。

民事訴訟においては、審理は請求の原因によつて示される訴訟の目的についてなされるのであり、それに對する判決も、かような請求の原因によつて示される訴訟の目的と同一、若しくは同一性のある後訴に對し既判力を及ぼすものとされている。従つて、別個の請求（訴訟上の）であれば、同一事件（事實關係が同一）であつても既判力は後訴に及ばない。例えば、運送品を紛失されたという事實につき、不法行為を請求原因とする訴を提起して請求棄却の判決があつた後、更に債務不履行を理由として訴を提起することも許される。<sup>(1)</sup>

註一 中村・訴と請求並に既判力一五四頁參照。

既判力は、確定判決の後訴に對する効力である。それは訴訟法的には、訴訟の目的について充分なる審理をなしたことを前提として、その審判の對象となつた法的事實については、重ねて争われ、また、判決せられないことを意味する。そこには常に審理の充足ということが前提となつている。従つて、純訴訟法的な考え方としては、刑事訴訟における確定判決の既判力も、充分な審理を経た訴因たる法的事實について生ずるものとすることが正當であらう。同一の事實を、窃盜及び横領の構成要件によつて評價し得る場合には、その訴因によつて示される二つの公訴事實は、その間、同一性はあるが、兩者異なるものであるのであつて、一方の訴因に對する審理は必ずしも他方の訴因の審理を充足しない。<sup>(1)</sup>

註一 但し訴因が『獨立なる攻撃法方』の意味をもつとき（本稿七四頁參照）は、一の訴因の審理は他の訴因の審理を充足するものと考ええる。

しかし、刑事訴訟法は、刑罰法規を具體化し被告人に刑罰を科することを目的とするものである。そこには、純訴訟法的な考慮のほかに、人權擁護の立場から被告人の利益保護という政治的原理が強く働くことを見逃してはならない。かくして憲法は、『同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。』（第三九條）と規定している。ここに同一の犯罪とは、『同一の公訴事實』すなわち『公訴事實の同一性』を指稱するものであり、前後の訴因の表示する公訴事實相互間に同一性ありと見得られるならば、その一方に對する判決は他の訴因による後訴を拘束するものとみるべきである。しかしてこの同一性の範圍を如何に指定すべきかは既に述べたところである。<sup>(1)</sup>要するに、前訴及び後訴の訴因の依據する刑罰法規が、その保護法益において同一であり、一方の訴因の審理が、他方の訴因の審理の重要な部分を充足する場合（これを別の面からみれば、訴因の依據する構成要件が互に重要な部分において重なり合う場合ともいうことができる）には、前訴・後訴の客體たる犯罪事實は同一性ありということができよう。例えば、或る事實について、窃盜と横領との二つの訴因を構成しうる場合には、その訴因によつて表示される公訴事實相互間には前述した如き意味において、同一性ありというるから、その一方（窃盜）の訴因についてなされた判決は、他方（横領）を訴因とする後訴に對し既判力を及ぼす。しかし、これに反して、或る事實を殺人予備罪として構成する場合と、内亂予備罪として構成する場合には、その訴因の表示する公訴事實相互間には同一性ありとはいえないから、殺人予備の訴因についてなされた判決の既判力は、内亂予備を訴因とする後訴にまでは及ばないということとなる。蓋し、この場合は別個の犯罪と考えられるからである。

註一 本稿七〇頁以下参照。

かくして刑事訴訟における既判力の理論は、政治的な要請による修正をうけて、民事訴訟とは若干異なつたものと  
訴因について  
二一七（八九）

なっている。

これを要するに、刑事訴訟における審判は、訴因によつて拘束される。審理は前法律的な事實に對してではなく、法律的に構成された法律的事實について、そのわく内において慎重になさるべきである。しかし、判決の既判力は、その訴因たる事實について生ずるのみでなく、訴因の表示する公訴事實と、同一性ありと考えられる公訴事實についての後訴をも拘束する、と考えるべきである。

なお、既判力の限界は、訴因たる法的事實に限らるべきであり、更に同一の犯罪について、再訴が禁ぜられるのは、憲法の政治的要請に基くものであるとの考え方も成立する。憲法の規定は、その系譜を英米法の『二重の危険』double jeopardyの制度に遡るものであつて、かように考える方が正當であるかにもみえる。しかし、このdouble jeopardyの制度は、結局において、同一事件の再審理を拒む點においてローマ法の一事不再理 *Ne bis in idem* と同一に歸する。従つてローマ法の系統をひく大陸法の『既判力』制度との間には、その制度目的・訴訟技術的構造において若干の差異があるが、同一事件についての再度の審理回避 *Prinzip der Einmaligkeit* を目的とする點において同一であり、特に英法は、同一犯罪事件につき再度の處罰を禁止するにある。刑事訴訟における既判力は、かような二重の危険防止という政治的要請を含めたものがその本質をなしていると考えべきである。

## 七　　む　　す　　び

訴因の意義及びその刑事訴訟においてはたす機能については、これまで述べたように種々の考え方があつた。しかし、それ等は、一方傳統的な大陸法的基礎の上に、新しい訴因という概念を不調和のまま積み重ねたものである。

か、或いは、訴因が英米法の *count* に由來するものであるとして、英米法の理論を以て、それを割切ろうとしたものであつて、いずれも訴因の概念を把握するに不充分なものがある。英米法は、實體法・手續法共に、大陸法系に屬するわが國とその性格・内容を著しく異にしており、その理論をそのままわが國に當嵌めることはできない。英米の訴因に關する法令・判例・學說等は、わが國においては一つの參考資料として以上の意味をもち得ない。由來わが國の法制は、明治維新以來大陸法の影響を受けたものであつて、新刑事訴訟法の施行に伴い、著しく英米法的な考え方がとり入れられたが、なおその基本的構造は大陸法的であるといふことができる。しかし、刑事訴訟の基本的構造についての傳統的な大陸法的な考え方も、訴因制度が新設せられた以上、それとの調和において修正されて考えなければならぬ。かくして私は、訴因の問題を契機として、それを廻る刑事訴訟の基本的問題につき、全く新たな立場から若干の考察を試みた。

訴因は、前述した如く、英米法における *count* とも *cause of action* とも異なる。それはドイツ法系の訴訟法學における公訴事實の概念に、*count* 及び *cause of action* の概念が加わつて特殊の意味をもたしめられたものといふことができる。従つて、それは英米法と同じく訴訟手續上の問題として解決することはできないであらう。刑事實體法の理論とも交渉する問題であるから、それとの關連において解決せらるべきである。そして、そこには民事訴訟法學的な考え方に依存すべき多くの分野があるように思われる。

なお、訴因については論ずべき多くの事項がある。しかし、それらはすべて末梢の問題であつて、訴訟手續上解決せらるべきものである。現在まで訴因について若干の文献が存するが、多くは英米法の法理と手續を説明するか、或いは末梢的な事項にとらわれているようである。ここには、最も基本的な問題のみをとりあげ論ずることとした。し

かし、これ等訴訟手續上の諸問題も、私のこれまで述べて來た訴因の理論的性格とはなれて論ずることのできないものであることは勿論である。訴因の問題は、英米法の理論だけで解決し得ない。またドイツ法の傳統をひく傳統的な訴訟法中心の理論によつて割り切れるものではない。從來の學説はこれ等の融合という點において缺けているようである。なお、この問題は、刑事訴訟の基本的性格を、當事者主義若しくは職權主義そのいずれにおくかという、刑事訴訟制度の基本問題とも連關していることを、ここに改めて附言しなければならない。

註一 教科書以外で、訴因の問題を取扱つたものに次の如きものがある（發表順、昭和二五年一〇月現在）。

羽山忠弘・訴因に關する試論 警察研究（昭和二三年）十九卷十一號。栗本一夫・訴因について 法曹時報（昭和二四年）一卷九號。羽山忠弘・訴因の豫備的記載と擇一的記載の法意、田中正義・訴因の豫備的又は擇一的記載の方式について 以上法律新報（昭和二四年）七五五號。中濱辰男・米法に於ける訴因の概念——犯罪陳述とその修正——、平野龍一・訴因の觀念とその變更要否の限度、伊達秋雄・訴因に於る事實關係と法律關係、横川敏夫・訴因と審判の範圍、荒川正三郎・訴因の追加又は變更の命令、荒川省三・控訴審に於る訴因の變更 以上判例タイムズ（昭二五年）三號。平野龍一・訴因概説（一） 法曹時報（昭和二五年）二卷九號。